法律制度

从分家继产之讼看清代的法律与社会
——道光、光绪年间陕西相关案例分析

张小也

[**摘要**] 在清代，有关继承的纠纷主要发生在家产继承方面，通常表现为围绕无子孙家庭的立嗣和分家析产两个问题所产生的矛盾，妇女的继承问题在其中也占有一定比例。这些纠纷在当时地方官员的判牍中大量出现，一方面体现了社会的发展和观念的变迁，另一方面也体现了法律援助的力量。在制定法主要为刑法的情况下，地方官员在民事纠纷的审理过程中参考民间习惯，并在推理过程中应用情理原则，具有积极意义。而制定法也并非一成不变，在社会发展的推动下，它的一些内容也相应做出了调整，这在法律与社会的互动关系中是一种符合时代要求的推动力。

[**关键词**] 立嗣　析产　诉讼　情理　法律与社会的互动

[**中图分类号**] K249　[**文献标识码**] A　[**文章编号**] 1002 - 8587（2002）03 - 0036 - 12

Family - Breaking and Property Inheritance : Law and Society in Shenxi in Daoguang and Guangxu Periods

During the Qing Dynasty, the inheritance disputes often took place when family property inheritance occurred. It becomes more critical with families without offsprings or when women's right were involved. Those inheritance disputes can be seen in great numbers in local officials' daily administration, which contends the social development and the change of conception on one hand, and people's view on legal aid in lawsuit on the other. Since the written laws at that time were mainly criminal laws, the local officials often handled these civil lawsuits by referring to local customs and individual emotion. The law establishment was also an on - going process accompanying the social change, which represents the positive interaction between law and society.

清代的继承形式主要有两种，一种是对身份地位的继承，包括宗祧继承和封爵继承，另一种是对财产的继承。“宗祧继承又称祭祀继承，根据宗法制度，一家之中，每一世系只能有一个男性嫡子或嫡孙享有宗祧继承权，以使祖宗血食不断。”封爵继承就是对官爵俸禄的继承，“是政治权力和经济特权的转移”。而财产继承则是经济权利的转移。①

从当时留下的民事诉讼记录来看，有关继承的纠纷主要集中在两个方面：一是无子孙家庭的立嗣问题，二是家产分析问题。清人邱煌于道光年间任陕西凤翔府知府，樊增祥于光绪年间任西安府咸宁、渭南等县知县，后擢升陕西按察使、布政使，他们留下的大量判牍对这些地区的民事案件有较为详细的记载。本文即以他们的判牍为主要材料，对清代的分家继产诉讼进行分析，以期达到对当时社会、法律及其互动关系的一些认识。

一、立嗣问题

立嗣是为无子孙之人规定宗祧继承人，使

[**收稿日期**] 2002 - 3 - 10

[**作者简介**] 张小也（1970 —），女，光明日报社编辑；北京 100050

他们在死后能够享受后代的祭祀,保持祖宗的血食不断。祭祀祖先是宗族最重要的活动之一,故有"不孝有三,无后为大"的说法。立嗣的本意是为了保持父系家长制家族绵延不断,因此对于宗法关系非常重视。被立嗣人一般是立嗣人的同宗昭穆相当之人,按照立嗣人的兄弟之子、从兄弟之子、再从兄弟之子的顺序由近而远。实在没有同宗昭穆相当之人时,才可以立血缘关系更远的人或者同姓不同宗的人为嗣。在立兄弟之子为嗣情况下,有一种方式叫作兼祧,当兄弟之中一人有子一人无子时,令此子同时为两家承嗣,由两家各为他娶一房妻子,生下儿子分别延续两家的香烟。如果不是立同宗昭穆相当之人,而是异姓人为嗣,就破坏了父系血缘关系,最为宗法观念所忌。

但是,立嗣人选实际上还存在着另外一个系统,即立嗣人的外甥、女婿、外孙等,立嗣人之妻娘家的侄子、外甥有时也在考虑范围之内。钱杭先生曾在《中国宗族制度新探》一书中对"九族"一词做了讨论,他以为中国古代所谓的九族,除了解释为从高祖到玄孙这一本宗亲属集群外,亦可以解释为异姓宗族集群,该集群包括父族、母之父族、妻之父族、媳之父族、婿族,还包括姑夫之族、姊妹夫之族、姨夫之族、连襟之族,连结集群的原则是已经实现了的婚姻关系。[2]笔者以为,这一看法为这些父系宗族以外的人被立为嗣提供了一个深层次的解释。

从人情世故的角度来看,立嗣既满足了人们希望有后代的心情,也可以使无子孙的老人得到赡养,实际上涉及了生养死葬等家庭中的实际问题。因此,立嗣人与被立嗣人的关系融洽与否非常重要。死后的香烟祭祀固然不可缺少,而生前的养赡也同样不能忽视,为了得到感情上的满足和生活上的照顾,立嗣人会选择自己喜爱的人,有时这些人并不是所谓昭穆相当之人。例如,相对于远房同姓亲属来说,外甥、外孙虽然是异姓,但实际的血缘关系更密切,情感也更亲近,民间即多有立外甥或者外孙为嗣的。此外,还有无子招赘女婿为嗣的,只是赘婿须改奉岳家姓氏。寡妇无子,在婆家坐产招夫,生下儿子继承原夫家之嗣的情况也存在。还有索性立与自己毫无血缘关系的异姓为嗣的。

钱杭先生在分析九族概念时又指出:"母系、妻系亲属加入这个集群,并不意味着集群将具备某种母系世系的因素。这是因为集群中所有世系群都是父系宗族,所有的行为规则都遵守父权制原则;同时,集群内各世系群间也绝不是平等的,父权制原则本身已经决定了宗亲与姻亲的地位、权利具有一系列系统的差别。"[3]诚如斯言,正是这一系列系统的差别对于人们行为与观念有着相当大的影响。在当时的人看来,昭穆相当之人与其他人的身份是有差别的,前者被立为嗣是理所当然之事,故尔叫做应继,而外甥、外孙以及无血缘关系的异姓之人被立,更多是立嗣人从感情出发的决定,故尔叫做爱继。在同宗昭穆相当之人中,亦有血缘亲疏之别,有时亦称与立嗣人关系更近的为应继。如立嗣人弃近取远,亦可以称较远者为爱继。

在现实生活中,立嗣总是和绝户的一份遗产联系在一起。平民百姓对单纯的宗祧继承不感兴趣,他们实际上关心的是绝户人家的遗产将由谁来继承。如果无子孙家庭困窘不堪,则其立嗣与否无人关心。对于立嗣与继产之间的关系,正如时人所说:"果其富人也,人尽子也。其贫也,谁甘为窭人子?谁肯谓他人母?"[4]从功能主义的角度来看,可以说绝户人家是用自己的财产换取后代。在家族中,应继之人有时不只一个,受财产的诱惑,这些具有同样资格的人有可能发生争执。而如果绝户家庭所要立的是爱继之人,对应继之人来说则是一种利益的损失。为了使立嗣行为得到承认和保证,避免日后纷争,立嗣人不仅需要在家中取得一致意见,还要请亲族中或村里身份地位较高的人公同商议,并书立嗣单作为凭据,嗣单中通常对立嗣人与被立嗣人的权利与义务做较为详细的规定。

可以说,清代民间关于立嗣有着比较稳定的习惯做法,但它仍是民事纠纷发生最频繁的领域,有大量此类案件被呈上公堂。由立嗣而产生的矛盾主要有以下两种类型,其一是应继与爱继之间的矛盾,其二是因废除承嗣关系而产生的矛盾。

清代的制定法是司法审判的重要依据,《大清律例》中有关立嗣的规定[5]体现了宗法观念:"无子者,许令同宗昭穆相当之侄承继,先尽同父周亲,次及大功、小功、缌麻。如俱无,方许择

立远房及同姓为嗣。”[6]对于违法立嗣的行为,《大清律例》规定了惩罚办法,一是异姓不得乱宗,“其乞养异姓义子以乱宗族者,杖六十。若以子与异姓人为嗣者,罪同,其子归宗。其遗弃小儿年三岁以下,虽异姓仍听收养,即从其姓。(但不得以无子遂立为嗣)”。二是不许乱了辈份,“若立嗣,虽系同宗而尊卑失序者,罪亦如之,其子亦归宗,改立应继之人”[7]。但是,律例也体现了一定的灵活性:“无子立嗣,除依律外,若继子不得于所后之亲,听其告官别立。其所择立贤能及所亲爱者,若于昭穆伦序不失,不许宗族指以次序告争并官司受理。”[8]也就是说,立嗣人可以挑选优秀的或者自己喜欢的人,只要与自己昭穆相当就可以,不必按照从近到远的顺序。为了避免同样有资格承嗣的人发生争执,《大清律例》规定:“因争继酿成人命者,凡争产谋继及扶同争继之房分,均不准其继嗣,应听户族另行公议承立”。[9]“无子立嗣,若应继之人平日先有嫌隙,则于昭穆相当亲族内择贤择爱,听从其便。如族中希图财产勒令承继,或怂恿择继以致涉讼者,地方官立即惩治,仍将所择贤爱之人断令立继”[10]。但是,清代的民事法律渊源除了制定法以外,还有民间习惯,礼和情理则是承审官员进行推理的重要依据,通过邱煌与樊增祥的判例,我们可以看到他们对各种因素的综合考虑和轻重取舍。

1、应继与爱继之间的矛盾

案例一:邱煌所审凤翔县王保儿具控王冠等一案。王朝青有兄弟三人,朝青居长,次名朝荣,三名黑骡子,二人俱无子。朝青议将己子王冠兼承本身与黑骡子之嗣,朝荣及其妻王周氏欲将族侄王保儿过继为子,与朝青相商后取得一致意见。朝青兄弟将家产三份均分,朝青因王冠继嗣二人而得其二,朝荣得其一。后来朝青后娶的妻子又生子王纪,朝青遂萌夺嗣霸产之志。嘉庆二十一年,朝荣去世,朝青即提出不许保儿为嗣。王周氏控县,县断保儿继续为嗣,所有家产仍照旧分。朝青仍不死心,屡次向王周氏寻衅,迭经控县。县断仍令保儿承继,并谕令王周氏约集族人写立嗣单。但是,因有朝青从中作梗,族人不敢干预,以致十余年的时间过去,而嗣单终未写立。王周氏死后,朝青之子王冠、王纪二人更以没有嗣单为由赶逐保儿,保儿只得控府。邱煌于府判中指出:“此案据王朝青父子屡肆扰害,总因保儿过继并无嗣单,遂得有所藉口,然王朝荣夫妇既与朝青公商于前,而王周氏屡次在县,又复供明于后,其确为该氏爱继已无疑义。当年该县于讯明之后,即应将王周氏供单当堂另写一纸,代为批明,给王周氏收执为据,即与嗣单无异,又何至任听王朝青父子勒掯数十年不令写立嗣单,屡结屡翻,构讼无已乎?”断令将县卷中王周氏供单另写一纸,代为批明,给王保儿收执为凭。[11]

案例二:樊增祥所批民人拜万顺呈词。拜万顺为拜殿春族人,拜殿春与拜苏氏夫妇二人老而无子,拜殿春择立拜运儿即拜万青为嗣,拜苏氏又抚其外甥方金彦之子儒林为孙,均写有嗣单。但拜万顺于殿春夫妇双亡以后,将其子拜朝德推出争继,意图霸吞遗产,以致苏氏胞兄苏怀德具控。经人调处后仍令儒林承嗣。儒林不幸亦故,拜朝德遂勾串苏氏之堂弟怀让及同姓不宗之拜卜氏,捏称拜苏氏之祖姑,定要拜朝德之子拜经安为嗣,因此呈控。樊增祥于呈词上批示:“儒林虽故,运儿尚存,且有四子,此系拜殿春在日所立之嗣,理应仍令运儿顶门继业。”并饬令拜万顺交出所霸占的财产,“倘再不遵断清交,一并提惩不贷”。[12]

邱煌与樊增祥的判牍中与立嗣相关的案件各有十数个,都从立嗣人意愿出发,支持立爱继为嗣。但是,其中仍有微妙区别:《府判录存》中的案例都是对昭穆相当之人争继的记录,而《樊山批判》(樊增祥为知县时的判牍)中的案例除了记录昭穆相当之人的纠纷外,也记录了大量发生在昭穆相当之人和异姓人之间的矛盾。更有趣的是,《樊山政书》(其中部分内容为其擢升臬司、藩司后,复核县一级民事案件或审理上诉案件的批文)中也没有对昭穆相当之人和异姓人之间争继的记录。笔者对此尚未找到令自己满意的解释,只能根据其他材料姑妄言之:一、立异姓爱继本为当地民间习惯所承认,再经过官府认可后就没有更多争议,也就少有越诉现象发生,二、立异姓为嗣为律法所不许,官员虽可以遵照民间习俗判断,但并不愿向上级汇报或做正式记录。

2、因废除承嗣关系而产生的矛盾

废除承嗣关系通常出于两个原因,一是立

嗣后又生子,对于这种情况,民间习惯或是将嗣子仍留在家中,与亲生子共同继承财产,或是分给一部分财产,令其回到亲生父母家中。无论是义子与嫡子共分家产,还是义子被取消继嗣资格归宗,都有产生矛盾的可能性。律例规定:"若立嗣之后却生子,其家产与原立子均分。"[13]笔者没有见到均分的案例,不过律例还是给出了应对因嗣父生子而被取消继嗣资格的人作出补偿的原则。在樊增祥所审的一个案子中,王世孝堂叔年逾四十而无子,他以堂侄的身份承嗣,其堂叔又将王福来立为次子。后来其嗣母连举二子,其嗣父既有亲子,遂将世孝与福来分居另度。王世孝不满呈控,樊增祥判断:其嗣父在生前即将两个嗣子分析出外,既是分析,就是给予了部分家产,因此,其葬埋之事自应由亲子承担,王世孝不得插手强争家业。[14]

废除承嗣关系的另一种情况是,当嗣子不能孝顺嗣父母时,可以取消其资格。如:张经诰无嗣,令其兄之子张鸿儒兼祧,经诰名下之产业皆由鸿儒经理,将来也皆由鸿儒承受。在经诰看来,张鸿儒既经立嗣,得其产业,自己得其奉养是理所当然之事。而鸿儒以为,奉养只是名义,财产才是实际目的,父子因此不和。经诰遂别立所爱,免使不孝之子独占便宜。鸿儒见别立异姓,不肯善罢干休,控县责其嗣父乱宗,并将经诰名下应得息银一概霸据不给,二人因此更加不和。樊增祥认为,"经诰因嗣子弃亲不顾,是以凭同亲友抱立顺娃为孙,今已数龄,诚属情难离异"。顺娃既为经诰夫妇所爱,准其永远承嗣,不得逼令退回。经诰应得财产听其自行主张,鸿儒不准把持。李氏系经诰为鸿儒聘娶,应永远侍奉经诰夫妇。因为并未退嗣,鸿儒每月应分十五日住于嗣父家中,以尽孝道。如果鸿儒遵行此判,就劝经诰不必将他送忤逆。倘鸿儒阳奉阴违,经其嗣父复控到案,"定先详革功名,然后提案究治"。[15]承审官员非常重视嗣子是否能够孝养嗣父母。在樊增祥所审理的"张克金争继"一案中,张克金为相罗氏之婿,相罗氏死后,他以嗣子的名义争夺相罗氏的遗产。樊增祥对他进行讯问:"尔岳母相罗氏在生时是否依尔同度?"[16]经过调查,发现向罗氏在世时,张克金夫妇与她并未同居,而是在她死后,以装殓为名前往盘踞,意图霸占家产。因此,虽然张克金亦有资格为相罗氏家承嗣,但樊增祥斥责他"实属贪愚无耻",并取消了他的资格。

二、关于析产

中国古代实行诸子平均的财产继承方式,清代的情况也大体如此。在分析财产时,为防异日之变,通常也会请亲族中或村里身份地位较高之人作证,写立分家文书。有时长房会得到较其他房头为多的一份财产,因为长房既较其他房头为尊,通常也需要承担更多的义务,有更大的开支。

总的来看,关于析产的矛盾主要集中在以下两个方面:一是均分原则在具体情况下如何贯彻;二是经济状况的变化与平均主义观念之间的冲突。现实问题纷繁复杂,而《大清律例》的规定只是原则性的:"嫡庶子男,除有官荫袭先尽嫡长子孙。其分析家财田产,不问妻、妾、婢生,止以子数均分。奸生之子,依子量与半分。如别无子,立应继之人为嗣,与奸生均分。无应继之人方许承继全分。"[17]所以,承审官员仍需针对具体问题进行推理。

1、如何贯彻均分原则的问题

案例一:樊增祥所审徐宝刚、宝强兄弟争产一案。徐兴元生六子,同治元年他自提膳产一份,其余家产六股均分。因次房、五房、六房绝户,三份绝产归宝刚,其长房寡嫂和四房胞弟各一份,他们心中不服,蔓讼不休。樊增祥强调:"事须审视,尤贵衡情。"他查明,徐兴元在世时,长房和次房已经析居另度,徐宝刚得到这么多财产,是因为得其父之欢心,他也一直与父亲生活在一起。从情理来讲,赡养老人的子孙应该得到更多财产。但是,为了平衡各方利益,樊增祥还是先提取一份膳产,然后将绝产分为三股,长房寡嫂、宝刚、四房胞弟各得一股。以宝刚要赡养继母为理由,将膳产交他管理。[18]在这里,徐宝刚之父生前的意愿并没有得到完全的执行,樊增祥本着均分的原则将三门绝产分给长、三、四三门。但是他还是考虑到徐宝刚对父母的孝敬和其父的意愿,从绝产中提取一份作为对他的照顾,如果加上其父生前已经提取的一份,徐宝刚实际上还是得到了比长、四两门更多的家产。

案例二:樊增祥所审史姓兄弟析产案。有史姓兄弟三人,均已去世。次房死于战乱,全家殉难,长房之子史垂青垂涎绝产,强以其弟继青入嗣。光绪十二年,垂青将全部家产按三股劈分,他们兄弟二人共取三分之二,其三房叔史念南生有三子,却仅得三分之一。垂青不顾其叔的反对,硬立分关文书,与其弟竟自霸产。史念南不允,欲将二房产业与长房平分,双方争执,遂起争讼。樊增祥批示:“查二门既已过绝,所有家产应令长、三两门各得一半,二门烟祀,亦应令长、三两门各出一子承继,方昭公允。”但因为史垂青兄弟已造成继嗣占产的既成事实,所以樊增祥令将二门产业三七劈开,长门得其七,三门得其三。这样一来,史家的家产仍是垂青兄弟二人占多半。[19]但是,樊增祥的分析方法毕竟使得史家兄弟与其叔所得家产的比例从 2∶1 变为约 1.3∶1,在一定程度上减少了分家不均的程度。

现实生活中还有一些更加复杂的情况,从邱煌与樊增祥的判例中可以看到他们是如何处理的。

其一、因为立嗣的实际内容与遗产相关,所以也涉及平均主义如何贯彻的问题。为了求得家庭成员之间的平衡,民间习惯中有所谓并立,即同时立两个以上嗣子的方法。有时,某些家庭会因立嗣而导致财产过于集中,并引起纠纷,官员在判断此类案件时会予以一定程度的修正。在樊增祥所批复的一份禀词中有这样的例子:赵元中有子葆坪,不幸早亡,未有子嗣。举行葬礼时暂令其侄孙赵鬲兼祧送葬。赵元中向来视赵鬲之亡父慎修如己出,赵鬲兼祧两家并没有什么不当之处。但是,家中老三房本有余丁(即次子),赵元中又考虑到慎修与葆坪不必一子兼祧,因拟以胞侄孙赵敦为葆坪嗣子,而令赵鬲归宗,专嗣慎修。为怕因退嗣而引起异日之纷争,禀请立案为证。樊增祥批示:赵鬲与赵敦同为该绅之孙,“深合礼经,亦叶律意”,且宗族亲戚俱无异言,应准予立案。[20]赵元中改嗣,与其说是不令鬲一人兼两祧,不如说是不令鬲一人得二产,樊增祥的判断也表明他赞成财产应当在各房中分配得更平均些。

其二、按照传统观念,寡妇改嫁不能带走原夫家之子,但事实是年幼的孩子离不开母亲,因此幼子随母改嫁的情况也是常见的。他们中有的人改姓继父之姓,与原来的父族脱离了关系,因此家产分析问题有时也会涉及继子。在邱煌所审“凤翔县民妇周张氏具控胞侄周元超”一案中,周敏之父周朝梁前妻辛氏生子敏、惠,后妻李氏带子再醮,其子本姓李,原名三圈,后改名周敌。因此,在家产分析问题上,邱煌判断:周敌原系异姓,本不应与敏、惠两门均分财产,“应与敏、惠两门作二分半摊分,敏、惠各得其一,而周敌得半。”[21]

总的来说,家产均分的原则在人们的观念中根深蒂固,当发生此类诉讼时,承审官员会在考虑各方面因素的基础上予以贯彻。遗嘱在案件审理过程中以证据的形式提交到堂,但是遗嘱通常也体现着均分原则,少有畸轻畸重的情况。

2、因析产后经济状况变动而发生的矛盾

由于勤惰之别、营生方式不同等原因,兄弟们虽然是平均分配家产,但分家之后各自的经济状况却可能发生变化,彼此之间贫富悬殊,这对于平均主义观念是一种刺激。有人即以大功同财为词,或以分家不公为名,要求对兄弟财产的权利。

案例一:邱煌所审刘芳义控刘玉、刘沦等一案。刘芳义有兄弟五人,长刘芳梅,生子刘玉,四刘芳义,五刘芳惠,生子刘沦。乾隆三十九年,刘芳梅前往凤县,领到世兴汇白姓资本开铺生理,嘉庆二十二年病故。刘芳义亦于是年在凤翔县领到黎姓资本二百串,开设大兴隆号。道光六年,刘芳义等凭刘芳忠等为证人将家产分析,立有合同,刘芳兰代书。此后,刘芳义曾陆续置地十八亩。道光十九年,他从凤县回家,发现此项十八亩之地及所分公地六亩,俱为刘芳惠当卖。刘芳惠因此邀请刘三畏、刘芳信、刘彦等向刘芳义求情,刘芳义应允算是卖给他。凭众写立买地文书,将二十四亩地让与刘沦兄弟,白瑶代书。后来刘玉、刘沦因刘芳义凤县生意旺盛,积有资本,遂声称刘芳义隐匿公财,并有公产未曾分析,捏情控县。该县谕令乡保等秉公查明刘芳义分家有无不公之事,据实禀复,并令查讯其凤县生意是否刘芳义与黎姓合伙出资营运。刘玉、刘沦等坚供从无分析家产之事,也无分关文书。并说从前刘芳梅每年所分份金

都寄回供应一家之用，而刘芳义在凤县经营时，却意图自肥，私置地亩。刘芳义因此被责，转而赴府具控。邱煌批示："如果未曾分析，则刘芳惠当卖地亩，系属公产，何以只承刘芳义一人之让，而约内又载明已经分居各炊字样，是所称分析之处，尚属可信。其凤县生理，实系承领黎姓资本，辛勤营运，并非祖遗钱财，不宜议令再分。纵使从前刘芳梅果有兄弟同财，不分畛域之事，然只能听其自便，不能一律相绳。"[22]也就是说，邱煌认为兄弟同财虽然是一种德行，但不能作为法律标准，因此，即便当初刘芳梅曾将自己做生意所赚的钱拿来贴补家用，也不能以此来要求刘芳义。

案例二：樊增祥所审吕逢源争产案。吕振渭与吕逢源是同胞兄弟，振渭在四川金盛元号总理号事三十余年，号内计有本银七千六百两，又在大邑另设放帐生意一座。逢源是名生员，家境困窘。振渭在世时，逢源曾借同居共财为名向振渭要求分资财，由亲族议处，各持一半。于是于光绪四年析居，一切家产两半均分。光绪十一年，振渭在川病故，而逢源于光绪二十年控县，说振渭之子元仁匿产不分，请求审断。樊增祥查知其情，知为有意欺孤，批斥不准，其文如下："查金盛元有银及大邑县生意非尔家祖根父业也，乃尔兄三十年为人帮贸苦积而得者也。分家之时，凡祖、父所贻田产房屋，自应各分一半，至于尔兄手挣之钱，岂能一概平分？夫以圣贤道理而论，尔兄应有财同享，而尔必须尽力推让，一毫不取，方为兄友弟恭。若以俗情论，兄为商贾，弟是秀才，各自成家，各自立也，岂有阿兄苦积之钱，尔竟坐享其成分其一半，不惟分本，且要分利？明系涎财欺幼，挟长图讹。今由本县断定，尔兄所挣银钱，业已分得三千二百六十两，此外，无论多寡均系尔兄尔侄之业，不与尔吕逢源相干。"[23]在樊增祥看来，吕振渭之财产是他自己营生的结果，即便没有分家异居，也与吕逢源不相干，后者以兄弟同财为理由分得半数之多，已是不妥，竟然还要继续再分，当然不能允许。

邱煌认为，判断此类案件的关键，"不在……有无积存银两，而在所存银两是否祖业，若实系祖遗，则弟兄各房有分，尽可均分，若实系个人辛苦谋生，代人营运，积剩劳金，则与弟兄辈毫无干涉，其愿分与否，应听自便，不能相强"。[24]特别是只要兄弟分析时已经贯彻了均分的原则，且有分关文书为证，即不得有争议。

三、关于妇女的继承问题

从邱煌与樊增祥的判牍来看，上述两个方面的分家继产纠纷是比较常见的，此外还有一类矛盾，虽然它们发生的频率相对较低，但确实存在，这就是围绕妇女继承权发生的矛盾。在传统社会，妇女没有宗祧继承权，更没有封爵继承权，法律也未明确规定她们的财产继承权，但是在民间习惯中有一些补偿措施，使得妇女实际上能够继承一部分财产。

妇女对财产的继承既与娘家有关，也与婆家有关。女儿继承娘家家产的方式通常有三种：一是奁产陪嫁，二是招赘女婿，三是其子成为娘家的承嗣人。[25]奁产陪嫁就是在父母财产中留出一份给女儿出嫁时带走。奁产通常为民间习惯所认可，是妇女在婆家有权处置的财产。招赘女婿就是女儿不出嫁，留在娘家继承全部财产，但须以招赘女婿改奉岳家姓氏为条件，如果出嫁则最多只能得到奁产。女儿的儿子成为娘家的承嗣人就是立外甥、外孙为嗣，按照邢铁先生的观点，这是"给出嫁女儿保留的一种间接继承娘家家产的机会"[26]。

女儿之继承娘家财产虽然为民间习惯所默许，但与儿子的继承权相比并不在一个层面上，在三种继承方式中，第一种与其说是继承，不如说是遗爱，第二种与第三种都须借助男子的力量才能完成。因此，传统观念仍使很多人视只有女儿的家庭为绝户，而族人更视其财产为自己应得之物，以致引起纠纷。

案例一：樊增祥所审张朱氏呈词。张朱氏之子故世，其夫侄张家麟借其子宗儿过继为名，将其家产分去大半。张朱氏的两个亲生女儿却仅共得土房一院。而张朱氏仍恐张家麟异日生变，恳请立案。樊增祥认为"情殊可怜，世间无儿之苦一至于此，可为叹息"。并将张朱氏所禀发房存案，如果将来张家麟讹诈其女，准其来案指控，届时将宗儿逐继归宗，另立贤嗣，"以为贪财昧良者戒"。[27]此案中张朱氏族人以立嗣为名分其家产，其亲生女儿只得到小部分财产，樊增

祥的判断在一定程度上保护了其女的利益。

案例二:樊增祥所审赵廷魁呈词。赵廷魁之堂祖母乏嗣,曾选赵之堂叔赵万来为嗣,但万来外贸不归,不曾立嗣。近日其堂祖母病故,廷魁意图占其家产,被其堂祖母之女二娃、六娃赶逐出门。廷魁来县呈控二女强拿遗物,并对他进行殴打。樊增祥批示:既然说是堂祖母,则赵并非嫡孙。词中既称其堂祖母之女为二娃、六娃,不称某氏,则可知尚未出嫁。“母死女存则遗物文约自应其女收存,不得谓之强拿。赵以另度族孙,无端乘丧插管,怂恿其母盘踞其堂祖母家,意在卷吞遗业”。他很赞成二娃六娃的做法,说她们是女中豪杰,打得不亏,令赵“即将母扶回缩头敛迹,勿许干预丧事,所控不准”。[28]此案中赵廷魁之堂祖母的两个女儿还没有出嫁,有可能招赘女婿顶门立户,所以樊增祥判断赵廷魁不能插手,二娃和六娃还可以占有其母的财产。

妇女在婆家的财产继承通常发生在其夫去世之后。按照传统观念,妇女在夫家没有合法的个人财产。丈夫去世后,如果有子,她只是其子未成年之前的财产代管人;如果无子,她需要在婆家守寡才能继承丈夫遗产,并且还需要为夫家立嗣。也就是说她所继承的这份财产始终须留在夫家,不许有带财产再嫁的情形发生。因此,从形式上看,妇女在婆家没有因继承而产生的对财产的所有权,只有管理权。《大清律例》也规定:“妇人夫亡无子守志者,合承夫分,须凭族长择昭穆相当之人继嗣。其改嫁者,夫家财产及原有妆奁,并听前夫之家为主。”[29]但实际情况是,即便寡妇坐产招夫,为婆家立嗣,族人仍可能因未能得到财产而寻衅闹事;而幼子随母改嫁亦是民间常情,再嫁的寡妇对随带之幼子仍有监护权,也正因如此,孩子对父亲财产的继承问题也是她们与原夫族人争执的一个焦点。

案例一:樊增祥批长安县民曹发有控词。李屈氏守寡后招夫曹发有,后其幼子夭折,其原夫之堂兄李文怀与其子觊觎产业,呈控李屈氏和曹发有毁业。初审时县判以李文和为嗣承继李屈氏,曹发有愿意同居或者愿意另度,听随其便。而樊增祥在复审时则断定李文怀父子的诬告行为应受到惩罚,曹发有应继续在李家与李屈氏同度。[30]保证了寡妇招夫后对家产的权利。

案例二:樊增祥批严改义呈词。严改义之叔身故,其婶母严党氏携带幼子稳平改嫁雷老七为妻,言明待稳平长大归宗。严改义之叔遗地三亩六分,由严改义暂行经理。党氏再醮五年之后,严改义忽然呈控其婶母勒卖其叔遗业。樊增祥批示:党氏虽已嫁人,而带养之稳平则仍系严家之子,此三亩六分地之出息,稳平自应分受。必是严改义意图吞并此地,致使其婶母与他发生纠纷。于是他判断:遗地三亩六分仍归严改义经种,每年除纳粮草外,所得粮食一半归他以酬耕种之劳,一半送交其婶以作稳平养赡之费。等到稳平十六岁以后归宗复姓,再将原业尽数交还,以绝争端。[31]他的办法既保证了随母改嫁之子对父亲财产的权利,也支持了再嫁寡妇对儿子财产的监督权。

与立嗣问题相类似,对妇女继承财产的明显支持体现在《樊山批判》中,《樊山政书》与《府判录存》则较少涉及或根本不涉及。

四、分家继产之讼中的清代法律与社会

中国传统社会提倡无讼,《大清律例》中刑事部分较多而民事部分较少,其中本属民事部分的也适用刑罚手段,这个特点部分源于德主刑辅,出礼入刑的传统观念的影响。在统治者看来,一般的纠纷可以在一定的社会关系范围内调处解决,如果问题的性质和程度超出这个范围就会触及刑律。而提倡无讼的客观保证是存在法律以外的社会调整方式,人们按照礼法与习俗生活和交往,出现纠纷时以这些规定为准,经过调处达成和解。但是,在传统的调整方式不能顺利发挥作用时,法律会因其强制性和划一性而表现出更强的效力。

明清时期社会发展变化明显,在经济关系多元化,人身依附程度减少,地区交流增强等多种因素的共同作用下,民事纠纷激增,且出现许多从性质到形式都不同于以往的矛盾,传统的社会调整方式也显得捉襟见肘,因此,法律在民事纠纷中的作用和地位有所上升。许多研究表明民事诉讼大量增加,这就是当时地方官员经常谈到的健讼现象,它反映了人们对法律援助

的重视。清代关于继承的民间习惯比较稳定,但仍有大量相关诉讼,这从一个方面说明在变化的社会秩序中,法律在人们的观念中具有格外的意义。

1、对法律作用的认识

对于民事纠纷,受儒家思想浸润的官员大都有一个基本态度:应当用教化的力量使百姓贱讼,远离官府和官司。但是,现实社会的种种矛盾又使得他们——特别是那些经常与民事纠纷打交道的官员——不得不重新考虑这个问题。虽然他们仍然强调道德约束的力量,但是已经认识到法律规范是道德约束所不能取代的。

雍正年间,曾在广东任知县的蓝鼎元记录下他曾审理过的一桩兄弟争产案:兄弟二人结婚分家,不在一起居住。父亲死后,留下几亩地,兄弟二人互相争夺,直将官司打到县衙。二人均有父亲的遗嘱为凭,证明此地当属自己。按照常规,承审官员会按照惯例将家产在兄弟二人之间平分,但是蓝鼎元并没有这样做,而是对他们进行了教化。最后,兄弟二人的手足之情被唤起,他们抱头痛哭,再也不争了,甚至连他们妻子之间的关系也改善了。点评者对此议论说:"此案若寻常断法,弟兄各责三十板,将田均分便可,片言了事。令君偏委婉化导,使之自动天良,至于涕泣相让,此时兄弟妯娌反恭亲爱,岂三代以下风俗哉?必如此吏治,乃称循良。"[32]固然如此,但是笔者的感觉是,《鹿洲公案》中记录这件案子的目的就是要强调教化的作用,它所表现的更多的是理想主义而不是现实主义。同时需要指出,《鹿洲公案》中的案例数量很少,基本上是在不同类型(既包括刑事也包括民事)的案件中各举一例,因此,这些案件的审理方法和结果是否具有普遍意义尚须具体分析。

相对于《鹿洲公案》来说,《樊山批判》、《樊山政书》与《府判录存》不但记录了为数众多的案例,而且文风朴实,叙事客观。特别是樊增祥的判牍,因为基本没有做过整理和润色,所以可谓判词实录。在他所复核的一桩兄弟争产案中,原告李振恺有兄弟三人,他排行第三。他在长兄去世之时尚未生子,亲族作主以二门之子为长门之后。长门遗产归二门所有,而葬祭之费也都由二门承担。数年以后,他也生了儿子,就萌发了夺取遗产的念头,于是以占掳为词呈控其二兄,意在争继夺产。初审知县讯明实情后,发给兄弟翕和故事一本,令其熟读自悟。樊增祥对此大不以为然:"此等办法乃两汉循吏之所为,施之今日,微嫌迂缓。不但不能感振恺之心,转致延讼不休。其二兄更加受累,非仁于奸民而反累及良民乎?"[33]从知县到做臬司、藩司,樊增祥接触到大量形形色色的民事纠纷,他感到了调处方式和教化作用的有限,因此转而强调法律的力量。

由于涉讼,百姓对法律的作用有一定的认识。虽然地方官员经常教导他们息讼,但法律的力量是他们必然能够体会出来的。在邱煌所审"歧山县民妇苏郑氏具控苏芳等"一案中,苏郑氏之夫苏普霖有兄弟三人,普霖无子,将其胞兄长苏权之次子苏喜顺过继为子。曾于道光十一年邀同亲友人等书立嗣单,交苏郑氏收执,以杜日后争端。十九年十月,普霖物故,有远族苏芳强将伊子苏喜儿过继与普霖为子。苏氏不允,苏芳率同其妻与其子来喜屡次到郑氏家中骚扰。苏喜顺乃普霖夫妇之胞侄,又素为普霖夫妇所钟爱。且不论早年曾经写立嗣约,即专就当时的情形而言,苏喜顺之承嗣也毫无不当之处。但苏芳以疏远房族觊觎产业,仍希图夺继,更因不遂所欲之故寻衅忿争。苏郑氏请求将苏喜顺承继之处由官府代为主持,批准立案。府判断令苏喜顺过继为子,合族人等不得争论。[34]按照习惯,苏郑氏所持嗣单就足够应付争继纠纷了,但她仍然坚持在官府立案,是因为苏芳父子无视嗣单的存在,纠缠不休,因此她需要更强有力的保证。在前文所述王保儿一案中,当王冠、王纪兄弟不许族中人等为王保儿写立嗣单时,家法族规都没有办法约束他们,或者族中尊长就是与他们串通一气的,因此他需要取得法律的支持。

除了强制力以外,法律在人们观念中的有效性来自它的划一性:其一、无论受何种现实条件约束,平等总是法律的基本精神之一,人与人之间权利的差别在法律面前可以得到相应的减少。特别是当社会发展使人们不满于造成其权利差别的旧有秩序时,他们会抛弃维护这一秩序的传统调整方式,转而寻求法律的帮助。其

二、人们寻求法律援助需要经过诉讼,而诉讼程序较其他社会调整方式的程序来说具有某些优越性。如前所述,民间习惯是民事法律的渊源,但是民事纠纷的解决一旦采取诉讼方式就有着不同的意义。首先,诉讼过程的主要内容——告、诉、准、审等过程可以使有关案件的信息公开化;其次,诉讼程序相对稳定,可以通过案件审理的示范作用为普通人所了解和掌握,也就具有可信度和威慑力。此外还有一些具体因素使得诉讼较其他调整方式为优,以清代的情况为例,其文书档案制度非常发达,各级官府所准理的民事案件不管结果如何,通常总有一套完整的记录可查,这也是民间调处方式所不能相比的。

2、案件审理中的情理原则

承审官员通常依据制定法和民间习惯来审理案件,在没有具体规定或二者之间存在矛盾时,他们会求助于儒家理念。儒家讲究依礼行事,但也讲究情理,"王法不外人情"这样的话在清代地方官与幕僚留下的判牍和笔记中被反复提到,甚至出现在较为正式的案例汇编——《刑案汇览》当中,[35]很多承审官员都用这句话作为对律例进行变通或补充的理由。有的研究者据此认为,在清代的民事案件审理过程中,官员自由裁量的任意成分过多,没有规律可循,似有损于法的划一特征。但是,"司法的自由裁量权是指出法官在认定事实和适用法律方面,不拘泥于既定的法律规范,而根据公正、合理等原则,视具体情况酌情决定……司法中自由裁量是缓和或消弭法律规范的僵硬性与现实生活的流动性之间矛盾的有效手段,是实现裁判具体公正的主要途径,只有通过司法自由裁量,才能实现裁判结果的公正。"[36]而且,"法律的历史始终是在推崇广泛的自由裁量权和坚持严格细致的规则之间来回摆动。"[37]从现存清代民事案件的判牍来看,那些有责任感的承审官员总是努力地在律例与习俗、礼法与人情之间寻找平衡,这使得他们的行为表现出相当程度的规律性。而他们对情理的重视,在一定的主客观条件下则具有积极的意义——在维护传统秩序的制定法逐渐落后与僵化的情况下,社会的发展和观念的变迁可以通过他们体谅人情的做法得以表达,其直接表现是案件的审理结果更容易为人们所接受。

以立嗣为例,从邱煌与樊增祥的判牍来看,在应继与爱继的纠纷当中,他们都判断许立爱继。在同宗昭穆相当之人之中这样规定,既不违背律例,又不违背人情,而在异姓与同宗之间这样规定是与律例不符的。但是,应继之人上诉以继续争取财产权利的情况并不多见。除了制度上的原因(如官府对上诉的不支持态度以及需要额外支出的费用等),笔者以为主要是因为合乎情理,而这种情理通常显示出积极意义。

在立嗣时,有的人倾向于选择远亲,特别是寡妇,她们中有的根本不考虑夫家昭穆相当之人而立自己娘家的侄子、外甥等人为嗣。在时人的分析中,这是很有现实根据的:"嗣子一条例得立贤立爱,而寡妇往往舍亲立疏者,有夙嫌也。方其妯娌共爨,一有子,一无子,或有子者自鸣得意,而无子者掩泣吞声,或无子者羡极生妒,而有子者反唇与校,或舅姑有左右之袒,或亲串有炎凉之态,或婢媪有媒孽之奸,或外家有贫富贵贱之迹。加以旁支之谋继者复从而抅煽挑拨,曲意逢迎,始而水火,渐若寇仇矣。"[38]传统社会中的妇女地位很低,在娘家听命于父母,在婆家不但要受翁姑丈夫的管辖,伯叔对她们也有指手画脚的权力,而妯娌之间的关系又往往会因为有子无子之别闹得很不愉快,因此她们与婆家人的感情经常不够融洽。一旦丈夫去世,掌握了立嗣的权力之后,她们当然要选择那些平时相处和谐的人。在这种情况下,如果一定要立昭穆相当之人为嗣,而不考虑立嗣人的意愿,无疑是激化家庭矛盾。

从更深层次上看,支持立爱可以在一定程度上限制宗法观念的话语霸权。宗法观念对于建立和维护传统社会的秩序固然有帮助,但是,它特别强调长幼尊卑,父对子、兄对弟的辖制被视为理所当然。它所带来的后果是,某些巧取豪夺之事可以借机而行。李钧的《判语录存》中记载:道光十年四月,有民人王年在河南臬宪衙门呈控其伯父王月先逼死其父,强卖其母,勒毙其弟。案卷发审到府,知府李钧发现其人虽语无伦次,状类疯颠,但切齿抚膺,痛陈悲苦之状又不像是伪装的。检查旧牍,原来王年已控告多次,但是"事虽有因,词则无据",因此屡断屡翻。王梦韶再次提集案证,详加推鞫。王年之

父王明先系自缢身亡，问其死因，月先说是因贫所致。但是计算其遗产，曾被月先卖去地七亩，典去一亩七分，数口之家有此薄产，足可以养生，不至自寻死路。王年说，伯父将自己的田产卖尽，又要卖父亲田产，父亲受逼气愤自尽。但是，具体情形如何，因王年当时年尚幼小，不能确指，事无佐证，不能以杀弟坐月先之罪。王年本有两个兄弟，一个叫王双，一个叫王豹，母亲被逼再醮后皆仰食于伯父，后来王豹死了，王年说是因为偷人庄稼，被月先用绳勒毙，月先还威胁说他如果胆敢泄露秘密，就将他活埋。而以此事质问月先，回答却是死于天花。那么王双又到哪里去了？答以失踪，也很令人怀疑，但都死无对证了。[39]王月先强卖家产，将自己的弟弟逼上绝路，又逼弟妇改嫁，三个孩子因不能随母亲而去，只能留在狠毒的伯父身边受欺凌，这一切也由于他利用了做兄长的权力。

对此府判以为："王月先刻薄少恩，不慈不友，虽无惨杀之据，而有虐遇之情"。但是苦于没有证据，不能绳之以法，只能以掌责示儆，并令他出地五亩，给付王年，令其从继父杨太顺过活。李钧还对王年解释说，因其所告情节有因无据，所以不能究诘。即便是这样，王年已是转悲为喜，说道："小的明白了，今日见了青天，从此不再告了。"在这个案件的审理过程中，李钧充分考虑了情理因素，使王月先的强势受到控制，王年的冤抑也在一定程度上得到伸张。

一方面，承审官员对情理原则的强调并非偶然，如果他们不能使审理结果合乎情理，那么不但解决不了问题，还会惹起当事人的反复上控，使地方和他们本人不得安宁。另一方面，承审官员本身的思想观念会顺应时代潮流，他们所依据的情理是有着时代特征的。例如，当有人以大公同财为由要求分析兄弟的财产时，邱煌和樊增祥均给予批驳，他们的判断对家庭成员的私有财产权利是一种保护。当族人以立嗣为名争夺无子孙家庭的财产时，樊增祥判断女儿有权支配娘家留下的财产，这对于妇女的继承权是一种支持。虽然这种支持因为受律条和礼法的约束而不够明确，但毕竟显示出了他的倾向性。那些能够恰如其分地原情断案的官员得到了百姓的肯定，樊增祥就颇有官声，邱煌则被百姓誉为"邱一堂"，极言其断案之快速准确。

同时需要指出，虽然法官的自由裁量是必然的，也是必要的。但是，清代制定法中民事法律的缺失使得承审官员的自由度更大，这样做的结果毕竟存在一些致命问题。

首先，民间习惯受着现实中与历史上多重因素的影响，如自然经济条件、民族风俗、日常交往中形成的契约关系、传统的礼、王朝政权对基层社会的管理办法、制定法等等。最关键是，它并不是单一的，而是体现着多方力量的平衡。例如，虽然宗法观念掌握着传统社会的话语霸权，但民间亦有种种习俗对它形成约束。邢铁先生在《家产继承制度史论》中分析了所谓"舅权"，即妇女从娘家得到的支持，就可以看作是对父系家长权力的一种约束。在清代分家继产诉讼中，我们经常可以看到妇女依靠娘家兄弟的支持争取自己做主的权利。

其次，原情审理的方式也难以保证承审官员的一惯性。例如：在异姓乱宗问题上，樊增祥的态度有时宽容，有时就很严厉。他曾经这样批复一份呈词："异姓乱宗照例不准，尔以商州客民与渭南权万镒承嗣，本属有干例禁，承继五日被逐离门，正是权万镒夫妇好处。而尔乃控请拘究，试问昨日为爹娘，今日成被告，尔之糊涂混帐，亦概可知矣。此案无庸传讯，仰役将王宝儿带案递回商州完事。"[40]当时，樊增祥的治下有很多流动人口，是社会中的不稳定因素，他们中的大部分来自商州，樊增祥对此非常头痛。所以当看到递呈之人为商州客民时，他因为厌恶而采取了强硬的态度。在一份请求同时立嗣子嗣孙的呈词中，他批道："辛含德故后无子，立尔为子可也，立尔侄福生为孙可也，岂有子孙并立之理？尔称尔为辛王氏嗣子，辛秉乾又称伊为嗣子，明系觊收绝产，妄认爷娘。案已饬传，候堂讯彻究不贷。"[41]在前文所举案例中，我们知道他并不反对子孙并立，此案中只是因察觉递呈词者有谋继之嫌所以不准。

此外，还有一些偶然因素可以造成审理结果的差异，如承审官员之间的个体差异。以樊增祥为例，他生活于清末，曾在荣禄幕中为宾，本人亦颇具近代思想，这个特点在他的判例中有明显表现。当然，与生活在清前期的蓝鼎元相比，樊增祥的个人特点也许可以作为时代发展的一个表征。

3、社会与法律的互动

社会与法律之间存在着互动关系，法律是随着人类社会的发展出现的调整方式，受着社会经济条件的决定与制约；而作为国家强制执行的社会规范，法律对社会又有着特殊的作用。清代有关继承的纠纷主要发生在分家析产方面，其原因既与当时的社会状况有关，也与法律本身的特点有关。

从社会角度来看，对传统继承方式起决定作用的宗法观念和平均主义原则仍有深刻的影响力，例如，有子孙家庭的宗祧继承顺序是毫无争议的，诸子均分家产的情况也具有普遍性。但是，一些变化已经显示出来，特别是普通百姓，他们对个人权利的要求呈上升趋势，这一点从立嗣、析产、妇女继承权等方面均可以找到具体事例。

从法律本身的特点来看，清代的法律对三种继承形式分别有不同的规定，有关无子孙家庭立嗣和诸子均分家产的内容这里不再赘述。对于有子孙家庭的宗祧继承，《大清律例》有："凡立嫡子违法者，杖八十。其嫡妻年五十以上无子者，得立庶长子。不立长子者，罪亦同。"[42] 对于封爵继承，《清会典事例》规定："凡承荫，先荫嫡长子孙，嫡长子孙出仕或有故方荫嫡次子孙，无嫡次子孙方荫庶长子孙。"[43]封爵继承是官宦人家的事，且受最高统治集团的控制，与平民家庭无关。而宗祧继承只有与封爵继承或财产继承相结合时才具有实际意义。例如，《红楼梦》中的贾环总是觊觎贾宝玉的家庭地位，就是因为要争夺宗祧继承权和相应的封爵继承权。又如，民间因立嗣而发生矛盾主要还在于争夺财产。也就是说，对于普通百姓来说，封爵继承也好，宗祧继承(如果不与财产发生联系)也好，和他们的生活并没有什么关系，他们不会在这两个方面发生纠纷。也许就是由于这个缘故，制定法中这两个方面的内容基本没有发生过变化。

法律的生命力在于它会因受到社会发展的反复冲击而发生变革，而它的变革对于社会又是一种酝酿新变化的信号。从这个意义上看，关于封爵继承和单纯宗祧继承的法律是缺乏生命力的，而与财产相关的立嗣和分家析产方面的法律则体现着变化，是有生命力的。

如前文所述，清代地方官员审理案件时的情理原则给予变化的社会以一定的发展空间，还应注意到，清代制定法本身亦给予承审官员依情理判案以一定的空间。值得一提的是，关于立嗣的条例在《大清律例》中是有一个变化过程的。康熙年间名幕沈之奇所作《大清律例辑注》根据的是康熙九年重新校订的顺治律，与乾隆五年所修订的《大清律例》相比，后者的条例中增加了"无子立嗣，除依律外，若继子不得于所后之亲，听其告官别立，其或择立贤能及所亲爱者。若于昭穆伦序不失，不许宗族指以次序告争，并官司受理。若义男、女婿为所后之亲喜悦者，听其相为依倚，不许继子并本生父母用计逼逐，仍酌分给财产。若无子之人家贫，听其卖产自赡"。而道光六年的《大清律例》则又增加了"因争继酿成人命者，凡争产谋继及扶同争继之房分，均不准其继嗣，应听户族另行公议承立"，及"无子立嗣，若应继之人平日先有嫌隙，则于昭穆相当亲族内择贤择爱，听从其便。如族中希图财产勒令承继，或怂恿择继以致涉讼者，地方官立即惩治，仍将所择贤爱之人断令立继"等条例，[44]对于人们自主择继提供了越来越多的支持。如果进一步分析，还可以发现，当收养行为不与立嗣相关时，法律的规定就更加开放和灵活。在民间，百姓本来就对单纯的宗祧继承不感兴趣，所谓立嗣实际上就是收养，只不过通常按照血缘关系的远近和宗法观念来考虑人选罢了。因此，当宗法观念的影响越来越淡化时，是否为嗣父母所心爱，能否做到生养死葬成为收养孩子的最重要的标准。《大清律例》中"若义男、女婿为所后之亲喜悦者，听其相为依倚"一条对这种发展趋势表现了宽容的态度。[45] 既然立嗣之后仍可以与义子、女儿生活在一起，那么立嗣对于无子孙家庭的实际意义何在呢？这样的规定只能产生两个结果，一是立嗣越来越向一般意义上的收养转化，二是不需要男性继承人，将财产留给女儿。在樊增祥批马永才呈词中有：马永才之叔马仲管无子，惟有一女，他并没有立嗣，而是将田产文约尽交其女手中。当马永才假称自己承嗣其叔，以此为由索要财物，因未得逞而呈控于县时，樊增祥批示：马永才在其叔死后自称承继，凭证何在？且又藉搬柩为名，向堂妹索钱，以致该氏混骂，"此骂乃是

自讨,何得妄控?不准"[46]。马永才之叔无子并不立嗣,其女称为某氏,可知已经出嫁,但樊增祥仍支持她对娘家财产的权利,他的做法于律并无不合。当然,与承审官员的情理原则一样,清代制定法中的灵活规定在一定程度上加剧了案件判决结果的多样化。

综上所述,从分家继产之讼的种种情况来看,清代法律及其执行过程的特点显示出它在当时社会背景下的积极意义,同时也暴露出局限性,这对于人们的行为与观念以及社会的发展有着特定的影响力。

①张晋藩《清代民法综论》第 222 页,中国政法大学出版社 1998 年。
②参见钱杭《中国宗族制度新探》第三章,中华书局(香港)有限公司 1994 年。
③《中国宗族制度新探》第 108 页。
④邱煌《府判录存》,清道光间刻本。
⑤清代律典经过顺治、雍正、乾隆三朝的修纂,于乾隆五年完成其系统化过程,并最终定名为《钦定大清律例》。由于强调《大清律例》的稳定性,清廷从未对其中的律文进行修订,但对条例的纂修却很频繁,历朝历代皆有,"且每次续纂时并非简单地增加或删减,而是有增、删、改、并、分、合等各种形式,这样就很难为清律确定一种'标准本'。"(田涛、郑秦点校《大清律例》之点校说明,法律出版社 1998 年)本文所引条例出自张荣铮等点校《大清律例》(天津古籍出版社 1993 年,其底本为道光六年《大清律例》,与田涛、郑秦点校《大清律例》相比,条例有明显增加),同时也参考承审官员的判牍。——作者
⑥⑧⑨《大清律例》户律·户役·立嫡子违法·条例。
⑦《大清律例》户律·户役·立嫡子违法。
⑩《大清律例》户律·户役·立嫡子违法·条例。注⑯与注⑰所举条例均不见于田涛、郑秦点校《大清律例》(其底本为乾隆五年《大清律例》),但见于张荣铮等点校《大清律例》,在邱煌与樊增祥判牍中亦有引用。——作者
⑪《府判录存》,道光十九年十二月二十一日。
⑫《樊山批判卷》卷五,批拜万顺呈词,台湾近代中国史料丛刊续编。
⑬《大清律例》户律·户役·立嫡子违法·条例。
⑭《樊山批判卷》卷十一,批王世孝呈词。
⑮《樊山批判卷》卷五,批张李氏母子呈词。
⑯《樊山批判卷》卷二,批张克金呈词。
⑰《大清律例》·户律·户役·别籍异财。
⑱《樊山政书》卷二,批商州尹牧禀,台湾近代中国史料丛刊续编。
⑲广益书局编《精选评注清代名臣判牍》,兄弟争产之妙判,民国 14 年。
⑳《樊山政书》卷九,批渭南县绅赵元中禀词。
㉑《府判录存》,道光十九年十二月十四日。
㉒《府判录存》,道光二十年三月初十日。
㉓《精选评注清代名臣判牍》,兄弟争产之妙判。
㉔《府判录存》,道光十九年十二月初九日。
㉕邢铁《家产继承史论》第 48 页,云南大学出版社 2000 年。
㉖《家产继承史论》第 55 页。
㉗《樊山批判卷》卷三,批张朱氏呈词。
㉘《樊山批判卷》卷九,批赵廷魁呈词。
㉙《大清律例》户律·户役·立嫡子违法·条例。
㉚《樊山政书》卷四,批长安县民曹发有控词。
㉛《樊山批判卷》卷九,批严改义呈词。
㉜蓝鼎元《鹿洲公案》,兄弟讼田,清刻本。
㉝《樊山政书》卷十一,批渭南县详。
㉞《府判录存》,道光二十年三月初八日。
㉟《刑案汇览》续编卷七,妻妾失序条,"查……承祧两房之人,故将女许配。但议礼先正名分,不便嫡庶混淆,而王法本乎人情,原无庸断令离异,有犯应以妾论,俾情法俱得其平。"
㊱单国军《民事诉讼法与民事实体法关系之研究》,《诉讼法论丛》第 4 卷,法律出版社 2000 年 4 月。
㊲(美)博登海姆《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社 1987 年,转引自单国军《民事诉讼法与民事实体法关系之研究》。
㊳《府判录存》,张其翰。
㊴《判语录存》,侄告伯事,道光十年五月十八日。
㊵《樊山集批判卷》卷十一,批王宝儿呈词。
㊶《樊山集批判卷》卷十二,批辛秉智呈词。
㊷《大清律例》·户律·户役·立嫡子违法。
㊸《清会典事例》卷一四四,吏部,荫叙,中华书局 1994 年。
㊹参见怀效峰、李鸣点校《大清律例辑注》(法律出版社 2000 年)及前文引田涛、郑秦点校《大清律例》与张荣铮等点校《大清律例》。
㊺《大清律例》·户律·户役·立嫡子违法·条例。
㊻《樊山集批判卷》卷九,批马永才呈词。